

Раздел 2. Международное и национальное право в сфере электронной торговли

Некоторые правовые аспекты проведения государственных закупок за рубежом

Овсейко Сергей Викторович

кандидат юридических наук

Внутреннее законодательство РБ о государственных закупках товаров (работ, услуг) состоит из ГК (параграф 4 гл.30 «Поставка товаров для государственных нужд»; параграф 5 гл.37 «Подрядные работы для государственных нужд»; ст.417-419, регламентирующие процедуру проведения торгов), Закона РБ «О поставках товаров для государственных нужд» от 24.11.1993 г., а также значительного числа подзаконных нормативных актов, в том числе регламентирующих процедуру госзакупок (в том числе тендеров) в рамках отдельных министерств и государственных концернов (например, Положение о порядке организации и проведения торгов на строительство объектов в РБ, утв. Минстройархитектуры РБ 12.06.2000 г. № 8). Однако, в основном все эти нормативные правовые акты регулируют процедуру внутренних закупок. При проведении госзакупок за рубежом необходимо учитывать соответствующую специфику, которая определяется:

а) международно-правовыми актами;

б) национальным законодательством РБ, регулирующим процедуру заключения и исполнения внешнеторговых контрактов.

На международном уровне принят специальный акт – Типовой закон ЮНСИТРАЛ о закупках товаров (работ) и услуг, который сопровождается Руководством по его применению. Окончательный вариант Типового закона принят на 27 сессии ЮНСИТРАЛ в 1994 г. До этого был принят предварительный вариант, по сравнению с которым окончательный вариант распространяется не только на товары (работы), но и на услуги.

Сфера применения Типового закона. Типовой закон – это не закон прямого действия. Это всего лишь образец для государств при принятии соответствующего национального закона. Сразу же после принятия Типового закона два государства – Польша и Албания – приняли свои национальные законы, на нем основанные (*Записка ЮНСИТРАЛ А/CN.9/428, 21 May 1996. P.9*). Вместе с тем, данный Типовой закон представляет интерес и для других стран не только как возможная модель для своего национального законодательства, но и как обобщение опыта в сфере государственных закупок за рубежом.

Типовой закон достаточно объемён и состоит из 57 статей. Однако сфера его регулирования направлена только на процедуру заключения контрактов на закупку товаров (работ, услуг) и не регламентирует процедуру их исполнения. Кроме того, положения Типового закона не применяются при наличии соответствующего международного договора (Соглашение ГАТТ о правительственных закупках, соответствующие директивы ЕС, двусторонние соглашения между государствами и др.) Не применяется он, как правило, и к закупкам, связанным с национальной обороной и безопасностью, а также к

любым другим закупкам, которые государство пожелает исключить. Наконец, сам Типовой закон носит рамочный характер и содержит значительное число отсылок к подзаконным нормативным актам государства, которые могут уточнять и детализировать отдельные его положения.

Цели Типового закона. Основная его цель, как подчеркивается в Руководстве по его применению, состоит в том, что «когда государство, принимающее Типовой закон, включает установленные в нем процедуры в свое национальное законодательство, возникает возможность создания таких условий, при которых общество может быть уверено в том, что государственные покупающие организации будут расходовать государственные средства с чувством ответственности и на основе отчетности и таким образом добиваться справедливой цены, а также создания такой обстановки, в которой стороны, обращающиеся к правительству со своими предложениями о продаже, могут быть уверены в справедливом обращении с ними» (*Типовой закон ЮНСИТРАЛ о закупках товаров (работ) и услуг с Руководством по его применению. Нью-Йорк: ООН, 1995. С.77*). Кроме того, целями Типового закона являются:

- 1) Стимулирования и расширения участия в закупках поставщиков, в том числе и зарубежных. В частности ст.6(5) запрещает дискриминацию в части национальной принадлежности поставщиков, кроме случаев, когда она является объективно оправданной;
- 2) Развитие конкуренции между поставщиками;
- 3) Содействие объективности и беспристрастности по отношению ко всем поставщикам, в том числе путем открытости процедур закупок и предотвращения коммерческого подкупа и прочих негативных явлений;
- 4) Сохранения коммерческой тайны и иной конфиденциальной информации претендентов.

Действие Типового закона предлагается распространить на закупки, которые осуществляются правительством или любым его специализированным департаментом, либо иной организацией, им определенной (ст.2(b)).

Закупки товаров и работ. Типовой закон предусматривает несколько возможных процедур госзакупок, товаров (работ) основной из которых, применяемой по умолчанию, является процедура торгов (тендер) (ст.18(1)). Альтернативные методы закупок могут применяться только в случае, когда проведение торгов является по каким-либо причинам нецелесообразным или практически неосуществимым.

1. Тендер повсеместно признан в качестве наиболее эффективного с точки зрения обеспечения конкуренции, экономичности и эффективности метода закупок, поэтому основное внимание Типовой закон уделяет именно ему. К основным характеристикам процедур торгов Типовой закон относит, как правило:

- а) неограниченное привлечение к участию в торгах поставщиков;
- б) всестороннее описание и включение в тендерную документацию спецификаций в отношении товаров (работ), подлежащих закупке;
- в) полное раскрытие участникам информации о критериях отбора (т.е.

только цены либо же цены в совокупности с какими-либо другими техническими и экономическими критериями);

г) строгое запрещение переговоров между поставщиками и закупающей организацией по поводу содержания их тендерных заявок;

д) публичное вскрытие тендерных заявок и установление окончательного срока их представления и др.

По общему правилу, установленному ст.34 победителем тендера признается участник, который предложил самую низкую цену. Если условия торгов предусматривали оценку, помимо ценового фактора, и иных критериев, то при принятии решения такие критерии по возможности должны оцениваться в стоимостном эквиваленте. При невозможности проведения тендера госзакупки могут организовываться на основании одного из альтернативных методов, таких как двухэтапные торги; торги с ограниченным участием; запрос предложений; конкурентные переговоры; запрос котировок; закупки из одного источника.

2. Двухэтапные торги позволяют объединить два элемента – гибкость, а также высокую степень объективности и конкурентности. На первом этапе закупающая организация проводит переговоры с участниками с целью выработать окончательный пакет спецификаций на объект закупки. На втором – проводится обычный тендер. Метод двухэтапных торгов может применяться в случаях, когда изначально практически невозможно сформулировать подробные спецификации товаров (работ) либо в случаях, когда закупающая организация желает заключить договор на проведение научных разработок, экспериментов, исследований, а также при закупке товаров (работ) для нужд государственной обороны и безопасности.

3. Процедура торгов с ограниченным участием используется, если товары (работы) ввиду их высокотехнологичного характера, либо в связи с несоизмеримостью затрат времени и расходов со стоимостью закупок, невозможно закупить товары (работы) с применением основного метода (ст.21). Обязательным условием применения этой процедуры согласно ст.47(2) Типового закона является публикация об условиях их проведения в официальном издании.

4. Метод запроса предложений применяется, когда закупающая организация привлекает предложения от ограниченного числа участников (обычно не менее 3). Информация о таких торгах должна быть опубликована в издании, имеющем широкое международное распространение. В такой публикации должны быть установлены критерии отбора участников и оценки предложений. В отличие от других методов при запросе предложений допускаются конфиденциальные переговоры между закупающей организацией и участниками (ст.48(7)).

5. Метод конкурентных переговоров по сравнению с другими предоставляет закупающей организации максимальную свободу в организации закупок. Данный метод может применяться в случаях, когда существует срочная или даже чрезвычайная экстренная потребность в закупках товаров (работ) (ст.19(2)). В соответствии с данной процедурой на первом этапе

закупающая организация проводит конфиденциальные переговоры с достаточным числом участников, а на втором просит их предоставить к указанной дате окончательную оферту в отношении всех аспектов их предложения (ст.49(4)).

6. Метод запроса котировок применяется для стандартных товаров (работ) для которых не требуется конкретные спецификации и для которых существует рынок. Котировки, обычно, запрашиваются не менее чем у 3 поставщиков, и предпочтение отдается тому, кто представит более низкую цену, причем такая цена должна быть ниже ранее установленной для покупающей организации пороговой цены. Запрещается использовать данный метод для искусственного разделения партии товаров, для того, чтобы обойти ценовые ограничения и применение других методов, обеспечивающих более сильную конкуренцию (ст.21(2)).

7. При наличии исключительных обстоятельств (данные товары услуги имеются только у одного поставщика, либо только он обладает эксклюзивными правами в отношении их; срочная потребность в товарах в результате чрезвычайных событий исключает применение других методов; закупка с целью последующего сотрудничества и др.) может использоваться метод закупок из одного источника. Поскольку данный метод исключает конкуренцию в Руководстве по применению Типового закона подчеркивается (*Типовой закон ЮНСИТРАЛ о закупках товаров (работ) и услуг с Руководством по его применению. Нью-Йорк: ООН, 1995. С.77*), что его использование допускается лишь в чрезвычайных экономических обстоятельствах, при которых такая закупка может предотвратить серьезный ущерб. Например, когда какому-либо предприятию, на котором занята большая часть населения какого-либо региона или города грозит закрытие, если не будет заключен договор о закупках. Также признается, что решение о применении метода закупок из одного источника должно, как правило, применяться на высших уровнях правительства.

Особенности госзакупок услуг. Все семь методов закупок, изложенных выше, имеют отношение к госзакупкам товаров и работ, но не применяются к услугам. Это можно объяснить тем, что в отличие от товаров и работ для услуг ценовой фактор не является главным, а решающее значение имеют качество и компетентность поставщика. Поэтому Типовой закон регулирует процедуру закупок услуг отдельно. Основным методом при закупке услуг является метод закупок для использования в обычных обстоятельства (процедура отбора без проведения переговоров – ст.42), два других используются при особых обстоятельствах: наличие услуг у ограниченного числа подрядчиков; несоизмеримость расходов со стоимостьюкупаемых услуг; необходимость соблюдения конфиденциальности в национальных интересах – ст.37(3)).

1. Процедура отбора без проведения переговоров, применяемая в качестве основной, предусматривает оценку предложений, полученных в ответ на запрос предложений, исходя из технической оценки, которая должна превосходить изначально установленный пороговый уровень. При этом цены предложения могут как соответствовать, так и превышать соответствующий пороговый

уровень.

2. Альтернативный метод проведения одновременных переговоров аналогична методу запроса предложений, применяемому при закупке товаров и работ (ст.48). При этом цена предложения рассматривается отдельно и только после завершения технической оценки (ст.43(3)).

3. Второй альтернативой основному методу является процедура отбора путем проведения поочередных переговоров (ст.44). В соответствии с ней, закупающая организация проводит переговоры исключительно о цене с подрядчиком, получившим наиболее высокую техническую оценку. Закупающая организация может проводить переговоры с подрядчиками поочередно на основании полученных ими оценок, но лишь после завершения переговоров с предыдущим подрядчиком, получившим более высокую, причем эти переговоры после их прекращения уже не могут быть возобновлены.

Вступление договора в силу. Договор о закупках вступает в силу: а) если использовалась процедура тендера – в момент направления победителю уведомления об акцепте тендерной заявки. Но, если тендерная документация содержит требование к победителю подписать договор в письменной форме, то для вступления договора о закупках в силу необходимо подписать соответствующий договор в письменной форме. Равным образом, если такой договор согласно тендерной документации подлежит утверждению вышестоящим органом, то он вступает в силу с момента такого утверждения (ст.36); б) применительно ко всем остальным методам закупок, порядок вступления договора в силу должен быть доведен закупающей организацией до сведения поставщиков (подрядчиков) в момент запроса предложений, оферт или котировок (ст.13(2)).

С целью обеспечения исполнения обязательств участника, ставшего победителем конкурсного отбора, Типовой закон (ст.32(1)(f)) предусматривает возможность внесения им соответствующего обеспечения тендерной заявки. Таковыми могут быть банковские гарантии, поручительства, резервные аккредитивы, чеки, по которым первичное обязательство несет какой-либо банк, определенный закупающей организацией в тендерной документации, а также депозиты в наличных средствах, простые и переводные векселя (ст.2 (h)).

Обжалование действий закупающей организации. Важной гарантией надлежащего соблюдения правил проведения госзакупок является предоставленное Типовым законом право обжаловать действия закупающей организации, если они противоречат этим правилам. На первом этапе жалоба может быть подана в саму закупающую организацию. На втором возможно обжалование в административном (в вышестоящую по отношению к закупающей организации) либо в суд. Однако все эти действия зависят от структуры правовой и административной системы конкретного государства, поэтому изложены в Типовом законе максимально диспозитивно. Но, предоставляя участнику право обжаловать действия закупающей организации, Типовой закон устанавливает ряд ограничений на такое обжалование, которые направлены на защиту стабильности процесса госзакупок. В частности:

1) решение может быть обжаловано только в случае, если контракт не

вступил в силу;

2) не все решения закупающей организации подлежат обжалованию (ст.52(2));

3) устанавливается предельный 20-дневный срок для обжалования как в саму закупающую организацию, так и в административный орган.

Форма процедур проведения закупок. Особо следует остановиться на технических аспектах заключения контракта на закупку, которые связаны с использованием в процессе переговоров и заключения контракта телекоммуникационных средств, что в первую очередь актуально для зарубежных закупок. Все документы, используемые в различных процедурах и на разных этапах заключения контракта на закупку, Типовой закон делит на два вида: 1) письменная документация, либо документация в иной форме, позволяющей обеспечить запись содержания таких сообщений (включая электронный обмен данными или даже телефонные переговоры, если они носят предварительный характер, а затем подтверждаются сообщением в форме, обеспечивающей его запись). Эти требования касаются, в частности, тендерных заявок (если это предусмотрено тендерной документацией -- ст.30(5)), приглашений поставщиков, подрядчиков) к участию в процедурах закупок, уведомлений, решений и некоторых других документов, для которых Типовой закон прямо не разрешил использование произвольной формы (ст.9(1)); 2) документы, для которых никакой строгой формы не установлено (ответы на запросы участников; разъяснения; уведомления о результатах предквалификационного отбора, об отклонении предложений, об акцепте тендерной заявки, о привлечении предложений; запросы о продлении срока тендерных заявок, о подтверждении приемлемости обеспечения; информация о процедуре проведения поочередных переговоров и процедуре торгов с ограниченным участием) (ст.9(2)).

Вместе с тем, необходимо учитывать, что внутреннее законодательство РБ устанавливает более жесткие требования в отношении формы договора.

1. Согласно ст.161 и 404 ГК РБ заключение договора с использованием средств электронной, факсимильной, почтовой, телеграфной, телетайпной и иной связи допускается, но только на основании ранее заключенного в обычной письменной форме договора.

2. Договор международной купли-продажи товаров может заключаться только в письменной форме, либо путем обмена сообщениями по телеграфу или телетайпу (ст.13 Венской Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г.). Этот вывод следует из оговорки, сделанной БССР при присоединении к данной Конвенции в 1989 г.

Договор строительного подряда может заключаться исключительно путем подписания сторонами единого документа, т.е. использование для этого любых средств связи, кроме почтовой, исключено (п.13 Правил заключения и исполнения договоров (контрактов) строительного подряда, утв.СМ РБ 15.09.1998 г.№ 1450).